

DE OVEREENKOMST INZAKE GENEESKUNDIGE BEHANDELING - OUD NIEUWS?

mr C.J.J.M. Stolker

Wanneer het *hele* nieuw BW van kracht zal worden - het is iets waarover ik me steeds minder blijk op te winden. Alle uitstel went. Sinds enige maanden is een nóg nieuwer stukje civielrechtelijke wetgeving me gaan boeien: de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling¹⁾. Het zal deel gaan uitmaken van boek 7 nieuw BW, maar met wat voorspoed zal het ontwerp (thans nog voorontwerp) al eerder kracht van wet krijgen²⁾. Vooralsnog is de tekst zelfs gepland ter invoeging in het geldende BW, onder artikel 1653, na de afdeling over aanneming van werk en vóór het regt van beklemming.

Het is nogal wat: in deze tijd van ontregeling een wet voorstellen die voor een heel groot deel geen nieuws bevat. Het meeste wat er in staat geldt allang, omdat het als *ongeschreven* recht in de samenleving inmiddels gemeengoed is geworden. Waarom dan tóch een wet?

In de eerste plaats omdat in de relatie arts-patiënt niet alles duidelijk is of blijkt te zijn. Het inzagerecht van de patiënt bijvoorbeeld, waarover nog veelvuldig wordt geprocedeerd.

Maar er is nog een tweede argument voor een wet. Er mogen dan ongeschreven rechtsregels bestaan, ze moeten ook nog worden nageleefd en gehandhaafd. Zo rust op de arts de verplichting om zijn patiënt te informeren over de aard en het doel van het onderzoek, over de te

-
- 1) De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling, Voorontwerp van Wet, februari 1987. Aan de kwestie der deregulering wordt in het voorontwerp veel aandacht besteed.
 - 2) W.B. van der Mijn hoopt dat het voorontwerp al in 1988 wet zal zijn, MC 1987, blz. 42 e.v. Omdat de wet voor het grootste deel slechts vastlegt wat al *is*, hoeft ook niet op tegenwerking van de zijde van de artsenorganisatie te worden gerekend. Zie uitvoeriger over het voorontwerp mijn bijdrage in Cicero, veertiendaags Magazine van Academisch Ziekenhuis en Medische Faculteit Leiden, 2 juni 1987, blz. 252-258.

verwachten gevolgen en risico's voor de patiënt, enzovoort. Ook zónder wet behoort hij dat al te doen, maar heel vaak komt het daar niet van. De wetgever hoopt nu, dat met het vastleggen van de rechten en een enkele verplichting³⁾ van de patiënt, de werkers in de gezondheidszorg extra wordt ingescherpt waaraan ze zich dienen te houden. Patiënten kunnen zich er dan zo nodig op beroepen "dat het in de wet staat". En zo'n beroep op de wet klinkt toch nog altijd een stuk overtuigender dan een beroep op de "regels van ongeschreven recht", zoals die thans gelden.

Mijn persoonlijke ervaring is ook dat als ik als jurist met artsen of verpleegkundigen spreek over patiëntenrechten, de belangstelling aanmerkelijk toeneemt als ik vertel dat diezelfde patiëntenrechten in een dwingendrechtelijke wettelijke regeling zijn (worden) opgenomen.

Het had natuurlijk ook anders gekund: geen *wet* met dwingendrechtelijke bepalingen, maar *gedragsregels*, zoals die er nu op allerlei punten ook al zijn. De moeilijkheid met die gedragsregels is echter dat ze veelal uit de boezem van één der partijen voortkomen, die der artsen en hun organisaties. Van een werkelijke inbreng van patiënten en hun organisaties is nauwelijks sprake. Bovendien, en daarop wijst de toelichting bij het voorontwerp terecht, is het onwaarschijnlijk dat een individuele patiënt vóór het totstandkomen van de overeenkomst zijn eisen aan de inhoud van die overeenkomst zal stellen. Voorzover zijn wederpartij, de arts of het ziekenhuis, al zou openstaan voor zoveel eigen (juridische) inbreng, zal de patiënt toch met andere zaken bezig zijn.

De wet reikt overigens verder dan tot de arts, aan wie men, sprekend over geneeskundige behandelingen, het eerst zal denken. De wet spreekt van 'hulpverlener'.

3) De verplichtingen van de patiënt zijn dat hij naar beste weten aan de hulpverlener de inlichtingen moet verstrekken en de medewerking moet verlenen die deze behoeft voor het uitvoeren van de overeenkomst (art.f). Daarnaast is de patiënt - kort gezegd - aan de hulpverlener loon verschuldigd.

Voor een groot deel bevat de wet oud nieuws en tóch is ze belangrijk. Wat zijn nu de belangrijkste verschillen met wat op het ogenblik al als *geldend* recht wordt beschouwd? Wat is er echt nieuw⁴⁾? Ik geef een overzicht.

- * dat de arts *verplicht* is schriftelijke informatie te verstrekken, als de patiënt daarom vraagt;
- * dat de arts *verplicht* is de toestemming van de patiënt schriftelijk vast te leggen, als de patiënt daarom vraagt;
- * dat de toestemming van de patiënt mag worden verondersteld als het gaat om een ingreep van niet ingrijpende aard;
- * de leeftijdsgrenzen van 12 en 16 jaar voor wat betreft de minderjarigen, die (zelfstandig) met de arts een behandelingsovereenkomst willen sluiten; een belangrijke bepaling, met de charme van de eenvoud zoals ook de artikelen 6.3.1.2a en 6.3.2.1 die bezitten;
- * dat de patiënt een inzagerecht heeft, *ongeacht* de kans op schade bij de patiënt als gevolg van de inzage; dat inzagerecht geldt kennelijk ook voor persoonlijke werkaantekeningen (het voorontwerp spreekt van 'aangetekende gegevens');
- * dat het ziekenhuis centraal aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten gemaakt in het kader van de behandeling (ofschoon dat ook nu al wel wordt verdedigd); iets als intra-murale aansprakelijkheid dus;
- * dat noch de arts noch het ziekenhuis met de patiënt kunnen en mogen overeenkomen dat zij niet aansprakelijk zijn voor door hen gemaakte fouten; ook van deze regel wordt aangenomen dat ze thans al geldt.

Omdat de bijdrage aan deze bundel kort moet zijn, wil ik me beperken tot een drietal bepalingen, 1653b, d lid 3 en s.

4) Zie over elk van deze noviteiten uitvoeriger mijn stuk in Cicero 1987, blz. 253 e.v. met literatuurverwijzingen.

Vooreerst lijkt mij van groot belang art. 1653b waar, enigszins verscholen, aan de hulpverlener de *verplichting* wordt opgelegd om *schriftelijk* informatie te verstrekken als de patiënt daarom vraagt. Zo'n verplichting bestaat er thans niet⁵⁾. In de gezondheidszorg zal men reeds nu moeten anticiperen op de inwerking treding van deze bepaling. In sommige ziekenhuizen gebeurt dat overigens al. En ook een nationale organisatie als het Koningin Wilhelmina Fonds geeft al folders uit over de diverse soorten van kanker. Anderzijds mag het niet zo zijn - en dat gevaar is er wel een beetje - dat schriftelijke informatie *in de plaats komt* van mondelinge informatie. Dat zou naar mijn oordeel wat duidelijker uit de tekst van de wet kunnen blijken⁶⁾.

Een tweede bepaling met naar mijn oordeel zeer belangrijke gevolgen is 1653d, lid 3. De toestemming mag door de arts worden verondersteld als de verrichting "niet van ingrijpende aard is" staat in het ontwerp. Hierover heb ik een wat onbevredigend gevoel. Gaat deze bepaling - toestemming wordt verondersteld bij niet-ingrijpende verrichtingen - niet veel te ver? Want wie bepaalt wanneer een behandeling van niet-ingrijpende aard is⁷⁾? En zal deze uitzondering in de praktijk er niet toe leiden, dat nog maar zelden om toestemming zal worden gevraagd, zodat voor *uitholling* van het toestemmingsvereiste moet worden gevreesd?

Ik vraag me daarom af of we deze uitzondering niet kunnen missen? Voor zover ik kan nagaan kent ook het buitenland een soortgelijke regel niet. Wat is dan de achterliggende gedachte bij dit voorstel?

5) Zie daarover A.F.M. Dekkers, De patient en het recht op informatie, diss. Leiden 1979, blz. 117 e.v. en C.J.J.M. Stolker, Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties, 1986, blz. 23 e.v. met de daar geneoemde literatuur (noot 29).

6) Artikel b begint nu als volgt: "de hulpverlener licht de patiënten op duidelijke wijze en, desgevraagd, schriftelijk in over ... enz." Voor alle duidelijkheid zou ik daarom achter "desgevraagd", ... het woordje "ook" opnemen.

7) Is de behandeling van een verstuikte enkel een verrichting van niet-ingrijpende aard? Ik meen van niet, hoewel een kleine enquête in mijn omgeving tot verschillende antwoorden leidde.

Die zie ik nog niet. Misschien is de achterliggende gedachte geweest om een heel vanzelfsprekende situatie niet te gecompliceerd te maken. Stel, iemand komt een EHBO-poli binnenlopen met een gebroken pols. Hem zal dan in de praktijk niet worden gevraagd: "Wilt U misschien behandeld worden?" En terecht niet naar ik meen. In zo'n geval mag men toestemming van de patiënt tot de gebruikelijke behandeling veronderstellen. In de Engelstalige literatuur spreekt men wel van implied consent. De toestemming van de patiënt volgt uit het *gedrag* van de patiënt en hoeft niet nog eens uitdrukkelijk herhaald te worden. In dit soort gevallen heeft het zin te spreken van "veronderstelde toestemming". Soms zal het daarbij tevens gaan om "niet-ingrijpende verrichtingen", maar dat hoeft zeker niet⁸⁾.

Een onzekerheid waaraan het voorontwerp een eind aan maakt is, of een arts of een ziekenhuis bij het sluiten van een behandelings-overeenkomst mag bedingen dat hij niet aansprakelijk kan worden gesteld voor gemaakte fouten. Dergelijke bedingen zijn buiten de medische wereld niet ongebruikelijk. Zou een arts zich ook niet kunnen exoneren tegen aansprakelijkheid voor te maken fouten? Deze vraag is in de literatuur levendig bediscussieerd en men neigt ertoe haar ontkennend te beantwoorden⁹⁾. Al eens eerder heb ik geschreven dat exoneratione-clausules in het medisch bedrijf eigenlijk onwenselijk zijn¹⁰⁾. Zij zullen waarschijnlijk een storende invloed hebben op de relatie arts-patiënt. En bovendien is er het gevaar dat we bij gebruik van exoneratione-clausules op ruimere schaal verzeild raken in problemen

8) Overigens wordt de arts daarmee niet ook van zijn *informatieplicht* ontslagen.

9) Of naar thans geldend recht exonerationes geheel ontoelaatbaar zouden worden geacht, is onduidelijk. Zie ook P.A. Stein en R.M. Lodeizen-Schoonenberg, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1983, blz. 171. In West-Duitsland is men zeer terughoudend, zie mijn boek 1986, blz. 84. In Amerika is de rechtspraak afwijzend, zie bijvoorbeeld Tunkl v. The Regents of the University of California, 383 P2d 441 (Cal. 1963): "The would-be patient is in no position to reject the proffered agreement ...".

10) Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties, 1986, blz. 85.

en procedures rond vragen als: is de clausule al dan niet nietig?, is een beroep erop al dan niet in strijd met de goede trouw?, is er wel of geen grove schuld aan de zijde van de exonerant? En zeker zolang de medische beroepsaansprakelijkheids-verzekering niet uit de hand dreigt te lopen, valt er veel voor te zeggen om de artsen via de premies en de patiënten via de rekening te laten opkomen voor de schade.

In het voorontwerp wordt in artikel 5 de exoneratie verboden: "De aansprakelijkheid van een hulpverlener, of, in het geval bedoeld in artikel 1653r, van het ziekenhuis kan niet worden beperkt of uitgesloten".

Twee opmerkingen bij dit artikel: niet alleen het uitsluiten, maar ook het *beperken* van de aansprakelijkheid wordt verboden. Ik vraag me bij nader inzien, toch af of zo'n beperking onder bepaalde omstandigheden niet toch van pas zou kunnen komen. Ik denk aan gevallen waarin de *mogelijke schade de verzekeringsdekking van de arts zou kunnen overschrijden*. Stel, een sterspeler van Ajax wil zich laten behandelen aan een hardnekkige enkelblessure. Een fout van de behandelend arts of van iemand voor wie hij aansprakelijk is zou kunnen leiden tot het einde van de voetbalcarrière van de speler. Een miljoenenschade is het gevolg. Is er nu in zo'n geval - en er zijn er meer te bedenken - niet toch iets voor te zeggen een exoneratie *bóven* een bepaald bedrag toe te laten. De hoogte van dat bedrag zou kunnen samenvallen met de maximumdekking die de verzekeraar aan arts en ziekenhuis per gebeurtenis pleegt te geven: 1 miljoen resp. 2½ miljoen. Toen ik hem daarnaar vroeg vertelde een woordvoerder van een grote medische aansprakelijkheidsverzekeringsmaatschappij mij, dat hem geen gevallen bekend waren waarin de maximum-dekking werd overschreden. Maar al zou men de grens van 1 miljoen gulden waarboven exoneraties toelaatbaar zijn te *laag* vinden, dan legt men zo mogelijk de grens (wat) hoger. Gelet op de geringe premies die artsen hoeven te betalen, zal een hoger dekking waarschijnlijk geen probleem opleveren¹¹⁾.

11) Welke premies worden er nu in Nederland betaald door artsen die zich zelfstandig (buiten een ziekenhuis om) verzekeren? Ik geef wat voorbeelden die ik kreeg van Nationale Nederlanden. Het meest
(Vervolg Voetnoot)

Mijn tweede opmerking is er een van meer juridisch-technische aard. Het gaat mij om de aansprakelijkheid van het ziekenhuis: de verwijzing naar artikel r slaat op aansprakelijkheid *van het ziekenhuis voor tekortkomingen van de arts* met wie de patiënt een aparte overeenkomst heeft gesloten (de zogenaamde centrale aansprakelijkheid van ziekenhuizen voor arts-out-contracten). Welnu een exoneratione daárvor wordt nu dus verboden, maar daarmee is nog niets gezegd over exonerationes van het ziekenhuis voor *eigen* tekortkomingen. Met andere woorden: naar de letter kan het ziekenhuis zijn aansprakelijkheid nog steeds uitsluiten als dat ziekenhuis met de patiënt een arts-in-contract heeft gesloten. Dat kan de bedoeling niet zijn. Het artikel zou dan een korte aanvulling behoeven, zo schreef ik enige tijd geleden¹²⁾. Bij nader inzien twijfel ik toch weer. Onder "hulpverlener" verstaat de wetgever "een natuurlijke of een rechtspersoon" die zich verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst. In die zin valt het ziekenhuis dat zelf een contract sluit met een patiënt onder het begrip hulpverlener. Mijn verwarring komt denk ik voort uit het feit dat in artikel s een onderscheid wordt gesuggereerd tussen hulpverlener enerzijds en ziekenhuis anderzijds. Dat komt denk ik door de *komma* achter "1653r". Als die komma zou worden verplaatst naar achter "ziekenhuis" dan lijkt de verwarring opgelost¹³⁾, aldus: aansprakelijkheid van een hulpverlener, of in het geval bedoeld in artikel 1653r van het ziekenhuis, kan niet worden beperkt of uitgesloten.

(Vervolg Voetnoot)

betalen de anaesthesisten en de gynaecologen en verloskundigen: f 725,- per jaar. Chirurgen betalen f 625, net zoals de neurochirurgen, die in Amerika aan de top staan. Een cardioloog betaalt f 475 net zoals een huisarts met apotheek. Een huisarts zonder apotheek is minder kwijt: f 325. Als specialisten al onder de dekking van een ziekenhuis vallen en ze willen zich nog eens, maar dan zelfstandig, verzekeren dan krijgen ze bepaalde kortingen (\pm 40%). Zo'n extra verzekering dekt dan tegen aansprakelijkheid voor fouten gemaakt buiten de muren van het ziekenhuis, bijvoorbeeld in de eigen privépraktijk.

12) Cicero 1987, blz. 258.

13) ook de komma achter "of" kan dan weg.

Men zou kunnen denken: dit voorontwerp is nog lang geen wet en zo lang hebben we er niets mee te maken. Dat zou een ernstige fout zijn. Zoals ik al in de inleiding zei: veel wat er staat in dit voorontwerp, geldt allang op grond van ongeschreven rechtsregels.

En terecht. Beginselen als: de patiënt behoort te worden geïnformeerd of, de patiënt behoort toestemming te hebben gegeven voordat hij mag worden behandeld zijn van onschatbare waarde. Wie zou dat durven ontkennen? Anderzijds zijn ze niet absoluut. Erkend moet worden dat deze beginselen in sommige situaties uitzondering lijden, willen zij niet, in al hun glans, gaan knellen, en zich uiteindelijk tégen de patiënt keren in plaats van hem te beschermen. Ze mogen niet worden tot een dwangbuis voor wie werken in de gezondheidszorg; maar anderzijds zijn ze wezenlijk meer dan wat glimmende knopen op een doktersjas.